



A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Débora Cristina Peyerl¹

RESUMO: Este artigo aborda a possibilidade ou impossibilidade de se estabelecer a cláusula compromissória nos contratos administrativos. Será verificado o conceito de contrato administrativo, bem como a possibilidade de disponibilidade ou indisponibilidade do direito público, face aos princípios administrativos. Convém salientar que a Administração Pública está cada vez mais dependente para a consecução de suas finalidades de investimentos externos, sejam de pessoas de direito privado internas ou até mesmo de pessoas de direito privado estrangeiras.

PALAVRAS –CHAVE: Contratos administrativos. Cláusula Compromissória. Possibilidade.

INTRODUÇÃO

Este trabalho objetiva fazer uma rápida e não exaustiva percepção sobre a possibilidade ou impossibilidade de se estabelecer a cláusula compromissória nos contratos administrativos.

Abordar-se-á o conceito de contrato administrativo, bem como a possibilidade de disponibilidade ou indisponibilidade do direito público, diferenciação esta que se faz necessária para a análise da arbitragem em referidos contratos.

A Administração Pública fica restrita a obediência ao princípio da legalidade, contudo, mesmo com lei a arbitragem seria permitida? Convém salientar que a Administração Pública está cada vez mais dependente para a consecução de suas finalidades de investimentos externos, sejam de pessoas de direito públicas internas ou até mesmo de pessoas de direito privado estrangeiras.

Então, mesmo prevista em lei, poderia ser a cláusula compromissória ser utilizada indistintamente em todos os contratos administrativos? Mesmo não havendo lei específica, poderia ser utilizada nos interesses públicos secundários. Este enfim, é o tema de nosso trabalho.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contratos, num conceito básico, são os acordos de vontades, onde as partes se obrigam a obrigações e vantagens recíprocos na esfera patrimonial, para criar, extinguir ou modificar relações.

Destaca-se que, para firmar um acordo há necessidade de vontade livre das partes em acordar, objeto lícito, determinado ou determinável, e, possível, bem como forma prescrita ou não defesa em lei.

Como falar em vontade num contrato administrativo? Este é um dos argumentos para aqueles que não reconhecem o contrato administrativo.

Contudo, a grande maioria dos atuais doutrinadores entende ser o contrato administrativo uma espécie do gênero contrato

Conforme Pietro¹, depois de dissertar sobre as várias doutrinas, conclui:

Afastadas as duas idéias – quer a equipara o contrato administrativo ao ato unilateral, quer a que o equipara a verdadeiras normas jurídicas – resta enquadrá-lo como contrato, considerado este em suas características básicas, presentes em qualquer tipo de contrato, público ou privado, a saber, segundo Meirelles Teixeira (RDP 6/115-116):

- a) um acordo voluntário [...];
- b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros;
- c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes.

Com estas considerações iniciais, acordando com as palavras de Pietro pode-se complementar o conceito e entendimento do contrato administrativo, segundo Héctor Jorge Escola, citado por Bastos (2003)² considerando que os contratos administrativos se diferem dos demais pela finalidade, qual seja, dirigida a satisfazer, de forma direta, os interesses públicos, as necessidades coletivas, as necessidades do grupo social.

Para encerrar a questão, a Lei 8.666/93, Lei das Licitações, conceitua contrato no seu artigo 2º., parágrafo único:

art. 2º

Parágrafo único da lei 8.666/93: “Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

¹PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008

² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

Como se observa, a Administração Pública para cumprir suas finalidades elabora e firma contratos, porém, estes contratos, os tipicamente administrativos, em razão do interesse público, possuem certas características próprias de elaboração e interpretação.

Como características do contrato destacamos a supremacia da administração sobre o particular, a finalidade pública e a forma legal a ser observada.

Portanto, estes contratos diferem por ter como indicador da vontade pública o interesse público e em razão disto, o desequilíbrio destas relações em prol da Administração Pública através da adoção, nestes contratos, das cláusulas exorbitantes.

São cláusulas exorbitantes segundo a Lei 8.666/93:

- a) Modificação unilateral, por intermédio de aditamento, para a conveniência pública;
- b) Rescisão unilateral, por conveniência e oportunidade da Administração Pública;
- c) Fiscalização, pois a Administração Pública pode e deve a qualquer tempo fiscalizar o cumprimento do contrato;
- d) Aplicação de sanções pelo descumprimento, sem recorrer ao judiciário, como multas, advertências, suspensão de participações em licitações e contratos, para atraso e inexecução do contrato.
- e) Ocupação provisória de móveis e imóveis quando houver faltas contratuais e o serviço for essencial
- f) Inaplicabilidade da exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus*, pois o particular não pode interromper a obra sob alegação de não estar recebendo os pagamentos devidos, salvo se atrasarem mais de 90 dias, exceto caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra – art. 78, XV, da Lei 8.666/93.

Espécies de Contratos administrativos

Acontece que a regra é a Administração Pública sempre contratar com o intuito do interesse público, porém, em outras áreas (econômica, especificamente) pode a Administração Pública agir como uma simples parte, equiparando-se ao cidadão.

Ramos³, menciona esta diferença muito bem, para ele há os contratos de direito privado da Administração Pública e que são regidos pelo direito privado e os administrativos regidos pelo direito administrativo.

Para Pietro⁴, os contratos administrativos se dividem em: 1) Contratos de Direito Privado; e, 2) Contratos Administrativos: a) tipicamente administrativos e, b) os que têm paralelo no direito privado.

Todas estas espécies se diferenciam principalmente pelo interesse que a Administração Pública visa no determinado contrato. Portanto, necessário abordar a dicotomia existente entre interesse público e sua disponibilidade ou não. Porém, antes convém a análise do instituto da arbitragem.

Arbitragem

Tendo como principais fatores a mora do Poder Judiciário e da globalização da economia, no Brasil surgiu o instituto da arbitragem como uma forma alternativa de solução de conflitos.

Conforme palavras Tomazette⁵:

Pode-se conceituar a arbitragem como a instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de

³ De plano, podemos constatar uma divisão a ser feita na atividade negocial do Estado, instrumentalizada por contratos administrativos, a par da conhecida divisão, feita em sede jurisprudencial, dos atos de Estado *ius imperii* ou *ius gestionis*, que fundamentam as decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange a vários julgamentos de questões trabalhistas envolvendo Consulados ou Embaixadas, que em princípio gozam da imunidade de jurisdição, e brasileiros nestas empregados. Com efeito, há que se separar nos contratos administrativos aqueles que são realizados em virtude do preenchimento da finalidade perene da Administração Pública, qual seja, o atendimento do *interesse público*, daqueles outros que a Administração celebra sem perseguir de maneira direta sua finalidade, sendo que estes últimos existem sempre de forma instrumental e subsidiária. Assim é que a própria Lei 8.666/93, que disciplina as contratações administrativas, distingue a atividade administrativa negocial em

a) Contratos de direito privado da administração, regidos pelo direito privado quanto ao conteúdo e efeitos, e apenas quanto a eles, visto a remissão que o art. 62, § 3º faz aos arts. 55 a 58 e 61 da Lei 8.666/93, sendo que o mencionado dispositivo faz menção expressa aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, além dos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público;

b) Contratos administrativos regidos quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito público, embora supletivamente incidam os princípios da teoria geral dos contratos e as normas de direito privado, de acordo com o art. 54 da Lei.[...]

Deste modo, podemos verificar que existem duas modalidades de contratos celebrados pelo Estado: por um lado, aqueles de direito privado em que incidem normas de direito público; de outro, os de direito público em que incidem normas privatísticas. cremos que, a despeito das discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, ser razoável que, naqueles contratos regidos primariamente pelo direito privado, é perfeitamente cabível a instituição de compromisso, sendo tal compatível com os princípios da economicidade e da efetividade que regem a atividade administrativa das pessoas jurídicas de direito privado sujeitas à disciplina do direito público.

(RAMOS, Luiz Fernando de Moura. A arbitragem em contratos sujeitos ao regime de direito público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4172>>. Acesso em: 08 ago. 2008.)

⁴ Op.cit, p.242

⁵ TOMAZETTE, Marlon. A Arbitragem e as Sociedades de Economia Mista. **Revista Universitas Jus**. n.16, 2008. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/search/authors/view?firstName=Marlon&middleName=&lastName=Tomazette&affiliation=UNICEUB>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

direito privado e ou direito público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais. Outro conceito pode ser extraído de Carlos Alberto Carmona, para quem a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

No Brasil, a arbitragem existia, contudo sem muita eficácia e utilidade. Somente após o advento da ratificação da Convenção de Nova York, Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Internacionais, pelo Decreto n. 4.311, de 23/07/2002 e com a edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – a Lei de Arbitragem tem-se um novo panorama em nosso ordenamento.

Possui como características:

- a) autonomia da vontade, visto que as partes que podem livremente escolher a arbitragem, o árbitro, suas regras e o direito aplicável;
- b) jurisdição, pois o árbitro se equivale ao Juiz na arbitragem, fazendo a entrega da prestação jurisdicional para a solução da lide;

Em nosso direito, a legislação somente permite a arbitragem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Duas condições que deverão ser conjuntamente cumpridas.

A arbitragem poderá ser firmada por intermédio de cláusula compromissória e de compromisso arbitral. Como não faz parte do tema deste trabalho, passar-se-á a analisar somente a cláusula compromissória.

Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é livremente pactuada pelas partes antecipadamente, ou seja, há previsão de sua aplicabilidade num futuro litígio.

Possui como condição de validade ser elaborada de forma expressa/escrita. Apesar de não apresentar maiores requisitos, chama-se atenção para o fato de que esta cláusula deverá ser muito bem elaborada, contendo todas as regras (ou “adoção” de algum regulamento institucional) para ter plena eficácia.

Em outras palavras, por cláusula compromissória devemos entender o pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral e não ao Poder Judiciário os problemas que venham a surgir. É cláusula autônoma em relação ao contrato, pois segundo o artigo 8º da Lei 9.307/96 o contrato pode ser nulo mas a cláusula se mantém válida.⁶

Somente “*an passan*”, convém abordar que a sentença arbitral é irrecorrível fazendo coisa julgada para as partes, somente permitindo-se às partes se socorrerem ao Poder Judiciário em casos expressamente permitidos em lei com relação a nulidades da cláusula arbitral (e não do contrato) e no aspecto formal da arbitragem, mas não com relação ao mérito da decisão.

⁶ TOMAZETTE, op.cit

Somente a execução da sentença arbitral é que deverá ser feita junto ao Poder Judiciário, pois o árbitro possui jurisdição, mas não poder de coerção.

Feitas estas breves considerações sobre arbitragem, passamos a apreciar alguns aspectos específicos, sobre a sua aplicabilidade nos contratos administrativos.

Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

Questão de esclarecimento necessário é sobre o que pode e quem pode pactuar a arbitragem. No primeiro caso, está a se tratar da arbitralidade objetiva, e, no segundo, da arbitralidade subjetiva.

Neste ponto, sábias e esclarecedoras as palavras de Tomazzete⁷

Em suma, a arbitrabilidade decorreria de dois elementos, quais sejam, a patrimonialidade e a disponibilidade. Pela patrimonialidade, deve-se entender o que é abrangido pelo patrimônio, isto é, o que se insere no conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis dela.

Além disso, exige-se a disponibilidade que significa a possibilidade qualitativa de alienação, a qualquer título, dos bens ou direitos²⁴. Pode-se afirmar, então, que só estão sujeitas à arbitragem as questões envolvendo direitos que podem ser exercidos livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente regulando o exercício desse direito, isto é, direitos que podem ser livremente alienados ou negociados²⁵.

[...]

A par da noção de arbitrabilidade como objetiva, João Bosco Lee apresenta a noção de uma arbitrabilidade subjetiva, entendida como que se referiria à atitude do Estado, do estabelecimento ou do órgão público, ou do particular de concluir uma convenção arbitral³¹. Trata-se de questão de capacidade dos envolvidos na convenção.

Nas questões envolvendo a administração pública em suas diversas esferas, já não se discute a arbitrabilidade subjetiva, pois há claramente capacidade para contratar. Todavia, a arbitrabilidade objetiva ainda é extremamente discutida, especialmente no que tange às sociedades de economia mista. Assim, entendemos que esse não é o único aspecto a ser avaliado.

Na questão da arbitralidade objetiva, não há dúvidas que no Brasil somente é permitido que se tenha como objeto da arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis. Quanto à arbitralidade subjetiva, seria possível o Poder Público ser parte na arbitragem? Poderia o Estado dispor de seus interesses?

Segundo Fachin (2005, p. 122),

aventa-se a possibilidade do Poder Público firmar a arbitragem, fundamentando que parte da doutrina sustenta que o Estado quando figurar no pólo passivo da arbitragem tem relação a capacidade e não ao que é objeto do litígio, neste caso os conflitos se resolveriam pela lei aplicável ao contrato, sendo que cada Estado possui legislação a respeito de capacidade, conflitos surgiriam. Menciona que para evitar os

⁷ TOMAZETTE, op.cit.

conflitos legislativos, buscou-se dar solução pela via da *arbitrabilidade subjetiva*. Assim, a capacidade do Estado em ser parte será conduzida pela lei aplicável à convenção de arbitragem., sendo este o entendimento majoritário das cortes de arbitragem internacional.⁸

Questão bastante controversa, mas que começa a ser esclarecida pela doutrina e pelas próprias instituições de arbitragem.

Interesse Público

A Administração Pública sempre desempenha o seu mister visando o interesse público, sendo isto um princípio a ser seguido.

A supremacia do interesse público sempre foi considerado absoluto e com isto, em muitos casos concretos, a Administração Pública cometeu sérias injustiças, inclusive permitindo que o Estado se omitisse de cumprir obrigações assumidas, prejudicando assim o contratante e o próprio Estado de Direito.

Como a arbitragem, no ordenamento jurídico pátrio somente é cabível nos casos de interesse disponível, conforme expostos acima, necessário para o deslinde do tema deste trabalho, saber se a Administração Pública pode dispor do interesse público.

Bodenheimer *apud* Silva (2004, p. 201) sobre o interesse público conclui:

A esse respeito, vaticina Edgar Bodenheimer (1967, p. 210), em substancial acerca do tema:

“Embora o interesse público não possa ser determinado por um contador automático de interesses públicos, não é também permissível identificá-lo com as decisões políticas das autoridades públicas. Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo o que as autoridades públicas com seu ‘fiat’ declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo.”⁹

O interesse público é difícil de definir. Possui significados sociais, culturais e legais, mas mesmo assim não há unanimidade em defini-lo.

Para SILVA, o interesse público seria aquele que deve ser observado com prevalência sobre o particular, sendo expressão positiva do bem comum.¹⁰

Elucidando a questão o Ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em recente decisão, sobre a possibilidade da arbitragem, sobre o interesse público, assim se posicionou:

⁸ FACHIN, Melina Girardi. Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no Juízo Arbitral. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005, 121

⁹ SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade Administrativa Discricionária e Determinação do Conceito de Interesse Público. **Revista ESMAFE**, n. 6. 2004

¹⁰ SILVA, op.cit

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.¹¹

Diante disto, conclui-se que o interesse público é indisponível, contudo esta conclusão não veda a possibilidade da Administração Pública firmar cláusula compromissória, considerando o caso concreto.

Possibilidade de aplicação da convenção arbitral aos contratos administrativos

Analisados os aspectos acima, cabe agora fazer uma ponderação sobre ser cabível a cláusula compromissória nos contratos administrativos.

Segundo Fachin (2005), existem três principais correntes a respeito do tema, a posição econômica e a política, e, uma terceira via. Quanto a posição econômica, o Estado tanto pode firmar a cláusula compromissória, como na arbitragem estaria sujeito à *lex mercatoria*. Contudo, os publicistas, não aceitam esta posição, e negam a possibilidade do Estado poder instituir cláusula compromissória.

Para a segunda corrente, a parcela publicista, os contratos de estado submetidos à arbitragem devem ser vistos com *granus satis*. Assim, não são comparáveis as pessoas jurídicas de direito público e os empresários. Na terceira via, conforme a doutrinadora, se vislumbra a possibilidade do Estado participar da arbitragem, desde que na solução do conflito fossem consideradas as prerrogativas da Administração Pública¹². É a corrente a qual nos filiamos.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 11.308**. Impetrante: TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A Impetrado: Nuclebras Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP. Luiz Fux. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27.jul. 2008.

¹² FACHIN, Melina Girardi. Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no Juízo Arbitral. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005, 123/124

Princípio da legalidade

Para alguns, a questão da impossibilidade da estipulação da cláusula compromissória estaria na afronta ao princípio da legalidade.

Porém, conforme descrito a seguir, muitas são as leis que já autorizam a estipulação da arbitragem no ordenamento jurídico vigente com relação aos contratos administrativos.

Conforme Szklarowsky¹³ vários diplomas legais permitem a utilização da arbitragem, entre eles a Lei 8.987/95, no artigo 23, XV menciona como cláusula essencial o modo amigável de soluções de conflitos, bem como a Lei 9.472/97, no artigo 93 permite igualmente a solução de conflitos amigavelmente e extrajudicialmente nos contratos administrativos nos serviços de telecomunicações.

O mesmo autor elenca ainda a Lei 9.478/97 (cria a Agência Nacional de Petróleo - ANP); a Lei 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT); a Lei 10.343/2002 (Mercado Atacadistas de Energia Elétrica); o Decreto 2.521/98 sobre o transporte interestadual e internacional de passageiros; e, os contratos internacionais regidos pela Lei 1.518/51 e Decreto-Lei 1.312/74.

Todos eles contemplam a possibilidade (senão obrigatoriedade) da cláusula compromissória.

Também não pode ser esquecida a mais recente Lei 11.079/2004, que busca atrair investimentos para a consecução de serviços e obras públicas, com a determinada parceria público privada, que no seu artigo 11, textualmente autoriza a arbitragem:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Verifica-se que a lei, quando permite a estipulação da cláusula compromissória pela Administração Pública, reporta-se a uma Administração Pública que se equipara ao particular, e não poderia utilizar suas prerrogativas para se eximir de obrigações.

Com relação aos direitos disponíveis, não haveria maiores problemas, mas deveriam ser observados os princípios e cláusulas exorbitantes:

Assim sendo, a princípio, pode-se afastar a arbitragem de questões administrativas, salvo se envolvam direitos considerados disponíveis. Orientação esta do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que “naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada”.¹⁴

¹³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Objeto do litígio da arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6840>>. Acesso em: 27 jul. 2008

¹⁴ TOMAZETTE, op.cit.

Ou seja, quando a Administração Pública age unicamente para a consecução do interesse público indisponível-primário, não se vislumbra a possibilidade de ser estipulada a cláusula compromissória, somente se lei vir a permitir.

Só há que se ressaltar que nesses casos, mesmo com lei permitindo, não há como afastar a aplicabilidade dos principais princípios que norteiam a Administração Pública: legalidade, publicidade e supremacia do interesse público sobre o privado, dos quais derivam as prerrogativas contratuais que não poderão ser esquecidas.

Assim admitida a possibilidade de casos em que a Administração Pública age como particular, mesmo assim haveria a necessidade de estipulação em Edital da cláusula, bem como o direito escolhido somente poderia ser o brasileiro.

Deveria ser considerada igualmente a obrigatoriedade de constar que na solução do conflito as regras utilizadas devem considerar as prerrogativas à Administração Pública.

Esta orientação esta sendo utilizada pela CCI – Paris/França, a mais renomada Corte Arbitral existente, conforme Fachin eis que o procedimento diferenciado dispensado aos negócios arbitrais que envolvessem um Estado deveria ser observado ¹⁵

Fux menciona o caso julgado no STF conhecido como '**caso Lage**', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda, sendo que inexistia óbice a estipulação da arbitragem pelo Poder Público, encontrando embasamento na doutrina clássica do tema' ¹⁶

Talamini, ao abordar a possibilidade da instituição da cláusula arbitral, e analisar as exigências legais na sua aplicação nos contratos administrativos das parcerias público-privadas – PPPs, sobre o tema conclui que pode haver derrota da Administração Pública na arbitragem, mas mesmo isto não se configuraria renúncia ou ato de disposição de direitos e interesses por parte da Administração, somente que esta não tinha razão. ¹⁷

Assim, a arbitragem nos contratos administrativos não só é possível, como recomendada nos casos expressos em lei, por sua agilidade, visto não se *dispor* do interesse público e sim, ser apenas uma forma de solução de conflitos, que não raras vezes é provocado pelo próprio Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indiscutível a agilidade nas soluções de conflitos alcançada com a arbitragem.

Indiscutível igualmente que a Administração Pública necessita de investimentos externos para a consecução de seus fins.

¹⁵ FACHIN, op.cit.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 11.308 . Impetrante: TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A Impetrado: Nuclebras Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP. Luiz Fux. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27.jul. 2008.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e Parceria Público-Privada** (PPP)

Contudo, a possibilidade da Administração Pública instituir cláusula compromissória depende de certas condições.

Ao contrário do particular que pode livremente contratar, a Administração Pública possui restrições em razão do Estado de Direito e seus princípios.

Não possui a Administração Pública liberdade de contratar, visto estar submetida ao estrito cumprimento do princípio da legalidade, somente pode fazer o que a lei permite, ao contrário do particular que pode fazer tudo o que a lei não veda.

Neste ponto começam as divergências sobre a possibilidade de essa instituir a cláusula compromissória.

Cláusula compromissória é a cláusula em que as partes instituem a arbitragem como meio de solução de futuros conflitos oriundos do descumprimento de contratos.

A arbitragem ganhou força após a Lei n. 9.307/96, derivada da necessidade de agilidade na solução de controvérsias, visto a morosidade do Poder Judiciário.

Entre vozes dissonantes, a doutrina e jurisprudência, bem como a legislação, vêm reconhecendo a importância da instituição da cláusula compromissória pelo Poder Público.

Contudo, há que se respeitar o princípio da legalidade e, quanto ao interesse público, aqueles que a Administração Pública pode “dispor” e aqueles em que não poderá.

Concluindo, existe a possibilidade da arbitragem nos contratos administrativos nos casos em que a Administração Pública se equivale ao setor privado.

Quanto aos outros contratos, há necessidade de que a lei permita tal instituição, inclusive determinando o respeito à aplicação das cláusulas exorbitantes.

Em nenhum caso, contudo, pode-se argüir a indisponibilidade do interesse público para impossibilitar a arbitragem, somente deve-se entender a instituição da cláusula compromissória como uma forma mais ágil de solução de conflitos em prol do próprio interesse público e do Estado de Direito, pois a Administração Pública, independente da forma de solução de seus conflitos deve sempre prezar pela ética e pela verdade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da “Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado** – n. 11. 2007

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.312**, de 18 de julho de 1974a. Disponível em: www.planalto.gov.br

_____. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. **Lei n.º 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. **Lei n.º 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [Disponível em: http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. **Lei n.º 9.307**, de 23 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

_____. **Lei n.º 9.472**, de 16 de julho de 1997a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Lei n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Decreto n.º 3.555**, de 8 de agosto de 2000a. Disponível em: [Disponível em: http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Decreto 3.697**, de 21 de dezembro de 2000b. Disponível em:

_____. **Lei n.º 10.520**, de 17 de julho de 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002b. Institui o Código Civil. Disponível <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Lei n.º 10.433**, de 24 de abril de 2002c. Autoriza a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Emenda Constitucional n.º 45**, de 8 de dezembro de 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. **Lei n.º 10.848**, de 15 de março de 2004b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2008

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n.º 11.308**. Impetrante: TMC – Terminal Multimodal de Coroa Grande – SPE – S/A Impetrado: Nuclebras Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27.jul. 2008.

FACHIN, Melina Girardi. Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no Juízo Arbitral. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005, 121

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Lourenia Moreira. A Arbitragem Internacional nos Contratos Administrativos Firmados por Sociedade de Economia Mista. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?q=GOMES%2C+Lourenia+Moreira.+A+Arbitragem+Internacional+&hl=pt-BR&lr=&btnG=Pesquisar&lr=>>. Acesso em: 22 ago. 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Del Rey p. 133

OLIVEIRA, G. H. J. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PALONI, Nelson Alexandre. A Utilização da Arbitragem por Instituições Financeiras Públicas. **Revista do BNDS**, Vol. 13, n. 26, 237-260

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas. 21^a.

RAMOS, Luiz Fernando de Moura. A arbitragem em contratos sujeitos ao regime de direito público . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4172>>. Acesso em: 08 ago. 2008

SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade Administrativa Discricionária e Determinação do Conceito de Interesse Público. **Revista ESMAFE**, n. 6. 2004

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Objeto do litígio da arbitragem . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6840>>. Acesso em: 27 jul. 2008.)

TALAMINI, Eduardo Talamini. **Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)**

TOMAZETTE, Marlon. **A Arbitragem e as Sociedades de Economia Mista**. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/search/authors/view?firstName=Marlon&middleName=&lastName=Tomazette&affiliation=UNICEUB>>. Acesso em: 27 ago. 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral e TABORDA, Mônica Oldani. As prerrogativas da Administração nos contratos administrativos. As chamadas cláusulas exorbitantes. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3699>>

¹ Pós-Graduada em Direito Processual Civil – UNC/Mafra. Professora de Direito Administrativo, Ambiental e Agrário UNC/Mafra – UNIVILLE - SBS